

HERNÁN G. BOUVIER

PARTICULARISMO Y DERECHO
Un abordaje pospositivista
en el ámbito práctico

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	13
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN. PARTICULARISMO, REALISMO JURÍDICO Y POSPOSITIVISMO	17
1. EL DISCURSO PRÁCTICO	18
2. UNIVERSALISMO Y METAÉTICA	19
3. UNIVERSALISMO Y DERECHO	21
4. ESCEPTICISMO NO-COGNITIVISMO Y REALISMO JURÍDICO...	25
5. PARTICULARISMO METAÉTICO Y PARTICULARISMO JURÍDICO	28
6. PARTICULARISMO Y REALISMO JURÍDICO	31
7. ESTRUCTURA DEL LIBRO	32
CAPÍTULO I. UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO EN FILOSOFÍA MORAL. TESIS CENTRALES	37
1. INTRODUCCIÓN AL UNIVERSALISMO	37
1.1. La ambigüedad de «Universalismo» y «Universalizabilidad» ...	38
1.2. Reglas, razones, valores	40
1.3. Universalismo débil y limitado: la concepción de David Ross.	47
1.3.1. <i>Las tesis de David Ross</i>	48
2. INTRODUCCIÓN AL PARTICULARISMO	58
3. DOS DISTINCIONES RELEVANTES: JUSTIFICACIÓN/EXPLICACIÓN Y PROPIEDADES CONSTITUTIVAS VS. PROPIEDADES INDICADORAS	61

	<u>Pág.</u>
4. CONCLUSIONES	64
CAPÍTULO II. TEORIAS METAÉTICAS. REALISMO Y ANTIRREALISMO. LAS TESIS DEL ANTIRREALISMO NO-SOFISTICADO	67
1. INTRODUCCIÓN	67
2. ANTIRREALISMO	68
2.1. Hume y la concepción de la moral	70
2.2. Antirrealismo factualista (descriptivista o autobiográfico)	75
2.3. Antirrealismo no-factualista	84
2.4. No factualismo emotivista-expresivista	84
2.4.1 Tesis centrales.....	84
2.5. El problema del Antirrealismo factualista y no factualista-emotivista	90
2.5.1. Sumario de las críticas realizadas al antirrealismo autobiográfico y al no-factualismo emotivista	96
2.6. No factualismo-prescriptivista (Hare).....	98
2.6.1. Hare y el lenguaje evaluativo	100
2.6.2. Discurso moral y acuerdo.....	105
2.6.3. Guiar la conducta	111
2.6.4. El <i>status</i> conceptual del principio de coherencia práctica	111
2.6.5. La opacidad de la aceptación y desconocimiento del futuro. El límite del principio de la universalizabilidad	112
2.6.6. El uso del lenguaje y el recurso al pragmatismo	114
CAPÍTULO III. ANTIRREALISMOS SOFISTICADOS	115
1. ANTIRREALISMO NO FACTUALISTA SOFISTICADO. EL CUASIRREALISMO DE SIMON BLACKBURN.....	115
1.1. Bases filosóficas de Blackburn. Cuasirrealismo, Coherentismo y Pragmatismo.....	118
1.2. Creencias, deseos, actitudes, <i>concerns</i> . El expresivismo sofisticado	122
1.3. <i>Anything goes</i>	132
1.4. ¿En qué sentido Blackburn es un antirrealista?.....	135
1.5. El rechazo de la fenomenología superficial del lenguaje	136
CAPÍTULO IV. ANTIRREALISMOS SOFISTICADOS (CONTINUACIÓN)	141

	Pág.
1. PRAGMATISMO.....	141
2. LA <i>ERROR THEORY</i> DE JOHN MACKIE.....	160
3. INTERNALISMO Y EXTERNALISMO	166
3.1. Internalismo y externalismo justificativo	167
3.2. Internalismo y externalismo motivacional	169
4. CONCLUSIONES Y UNA ACLARACIÓN	171
5. RELEVANCIA DE LAS CRITICAS REALIZADAS PARA EL ANÁLISIS DEL PARTICULARISMO Y DEL DERECHO	173
CAPÍTULO V. PARTICULARISMO: TESIS CENTRALES Y PROBLEMAS	175
1. INTRODUCCIÓN	175
2. PARTICULARISMO: BASES FILOSÓFICAS	176
2.1. Antiteoría.....	176
2.2. Holismo de las razones.....	180
2.2.1. <i>El origen del holismo en la teoría analítica contemporánea</i>	184
2.2.2. <i>La conexión entre holismo y particularismo</i>	193
2.3. Realismo moral: anticartesianismo y antihumeanismo.....	195
2.3.1. Wittgenstein y el problema del seguimiento de reglas .	197
2.3.2. El problema general del empirismo: el mundo como es «de todos modos».....	210
2.3.3. Sentido y alcance de la discusión sobre los colores, los valores y las cualidades secundarias	216
2.3.4. Creencia-pasividad, deseo-actividad.....	219
3. CONCLUSIONES	224
CAPÍTULO VI. LA PROPUESTA PARTICULARISTA DE JONATHAN DANCY	227
1. JONATHAN DANCY, PARTICULARISTA	227
1.1. La estructura del razonamiento práctico: posibilitadores y favorecedores	228
1.2. Presencia y ausencia de propiedades. Adición y sustracción de propiedades relevantes	229
1.3. El rol de las creencias: externalismo justificativo e internalismo doxástico	232
1.4. Holismo en Dancy.....	234
1.5. Problemas de la concepción de Dancy.....	236

	<u>Pág.</u>
2. LAS CRÍTICAS DEL UNIVERSALISMO AL PARTICULARISMO. BREVE SUMARIO	241
2.1. Principios Generales incompletos y sofisticación de condicionales.....	242
2.2. Percepción de valores, deberes y razones para la acción	254
2.3. Sobre la posibilidad conceptual de la tesis de relevancia última	257
2.4. Breve sumario de las respuestas particularistas al universalismo	263
3. CONCLUSIONES	264
CAPÍTULO VII. UNIVERSALISMO Y REALISMO EN EL DERECHO	267
1. INTRODUCCIÓN	267
2. POSITIVISMO JURÍDICO. VARIANTES	268
2.1. Realismo jurídico	269
2.1.1. <i>Realismo americano</i>	269
2.1.2. <i>Realismo escandinavo</i>	270
2.1.3. <i>Realismo genovés</i>	271
2.2. Similitudes y diferencias entre las diversas concepciones de realismo jurídico.....	273
2.3. Las críticas al movimiento del realismo jurídico	274
2.3.1. Primera crítica: el problema de «el Derecho es lo que los jueces dicen que es»	276
2.3.2. Segunda crítica: el problema de «el derecho es predicción»	280
2.4. El positivismo jurídico de Herbert Hart	281
2.5. Respuestas del realismo jurídico a las objeciones conceptuales	284
2.5.1. Primera defensa del realismo jurídico. La propuesta de Brian Leiter	284
2.5.2. Segunda defensa del realismo jurídico. Hacia una propuesta alternativa.....	303
3. CONCLUSIONES	308
CAPÍTULO VIII. PARTICULARISMO Y DERECHO	309
1. INTRODUCCIÓN	309
2. MATERIAL NORMATIVO Y CONFLICTO	311

	<u>Pág.</u>
2.1. Conflicto entre reglas y razones subyacentes.....	314
2.2. Reglas y principios en Atienza y Ruiz Manero.....	318
2.3. Sobre la necesidad de atribuir razones en la situación de interpretación.....	321
3. CONFLICTOS NORMATIVOS: LA PONDERACION.....	325
4. DERROTABILIDAD Y NORMAS.....	334
4.1. Derrotabilidad, lógica y discusión sustantiva.....	344
5. CONCLUSIONES (PARCIALES).....	346
CAPÍTULO IX. PARTICULARISMO Y DERECHO (CONTINUACIÓN)	349
1. INTRODUCCIÓN.....	349
2. DWORKIN Y EL PARTICULARISMO.....	350
3. ¿PARTICULARISMO JURÍDICO?.....	354
CAPÍTULO X. CONCLUSIONES	359
BIBLIOGRAFÍA	379

INTRODUCCIÓN

PARTICULARISMO, REALISMO JURÍDICO Y POSITIVISMO

En filosofía y en las ciencias suele sostenerse que una idea, un argumento o una tesis puede tener mayor o menor poder explicativo. Tal característica depende de la capacidad de esa idea, argumento o tesis, de tornar inteligibles un mayor o menor número de fenómenos. Análogamente podría aludirse a la *potencia interrogativa* de una cuestión o pregunta. La potencia interrogativa de una cuestión o pregunta es una función del número de discursos, saberes o ámbitos en los que despierta una pretensión de respuesta.

Las preguntas ¿qué debo hacer? o ¿cómo he de vivir? poseen un alto poder interrogativo pues pretenden ser respondidas por múltiples discursos y autores. En realidad, pertenecen a una familia de preguntas con alta potencia interrogativa tales como qué es lo bueno, qué es lo justo, qué es lo correcto o lo que de manera más general podríamos denominar preguntas prácticas.

El presente trabajo se ocupa de algunas de las respuestas que en metaética y teoría del derecho se han dado a la pregunta: ¿bajo qué condiciones se encuentra justificado sostener « x es bueno, x es obligatorio, x es correcto»? En especial me ocupo de analizar el Particularismo en (meta)ética y su posibilidad de trasladarlo al análisis del derecho, y la relación entre el Particularismo en derecho y el Realismo Jurídico.

La necesidad de analizar la relación entre Particularismo y Realismo Jurídico se justifica por tres razones: en primer lugar ambos se oponen a lo que aquí será denominado Universalismo (el cual tiene variantes tanto metaéticas como jurídicas). En segundo lugar —y dicho de manera delibera-

damente amplia— porque el Particularismo y el Realismo Jurídico parecen compartir la siguiente afirmación: la solución práctica dada a un caso puede no mantenerse en casos futuros (y similares) debido a consideraciones contextuales. En tercer y último lugar, porque tanto para uno como para otro el punto teórico central está dado por la relevancia de la experiencia.

Defenderé aquí una versión del Particularismo metaético con base en consideraciones de Realismo moral, y en el terreno de la teoría del derecho la plausibilidad de una versión especial del Positivismo Jurídico: el Realismo Jurídico.

1. EL DISCURSO PRÁCTICO

Según una concepción extendida acerca del discurso práctico, un enunciado individual que califica evaluativamente una cierta situación (v. g. «*x* es bueno», «*x* es correcto», «*x* es debido», etc.) se encuentra justificado si y sólo si constituye una consecuencia lógica de un enunciado práctico general. El énfasis aquí está puesto en la relación entre dos tipos de enunciados. Si el énfasis se realiza en el concepto de acción puede decirse que una acción se encuentra justificada si y sólo si implica el seguimiento o aplicación de un enunciado práctico general. Por el momento podemos llamar a este enunciado indistintamente «principio» o «regla general».

El principio o regla general que bajo esta concepción justifica enunciados o acciones individuales posee características precisas: relaciona de manera estricta o invariable un conjunto de propiedades, en última instancia físicas, con un conjunto de propiedades evaluativas o prácticas (v. g. «bueno» o «debido»). La frase «*para todo caso, si x tiene la propiedad p entonces es bueno (o debido)*» constituye una expresión informal de tales principios o reglas. Se conoce a esta concepción con el nombre de *Universalismo* y de ella se siguen dos tesis conectadas entre sí.

En primer lugar, se afirma que existen principios o reglas del tipo referido, *i. e.* condicionales estrictos. Sostener que *existen* estas relaciones condicionales equivale a afirmar que *existen* relaciones de tipo invariable entre propiedades naturales (o no-evaluativas) y propiedades evaluativas. El acento en la noción de «existencia de un principio» puede ser considerada una tesis *ontológica*.

En segundo lugar, se afirma que un enunciado individual se encuentra justificado si y sólo si es una consecuencia lógica de una regla o principio, y que una acción se encuentra justificada si y sólo si constituye el seguimiento o la aplicación de uno de estos principios o reglas. Este aspecto podría ser denominado *conceptual*.

El aspecto ontológico y conceptual puede resumirse diciendo que *existen* reglas o principios y *deben* seguirse o aplicarse. La expresión según la cual *deben* seguirse o aplicarse pretende resaltar la satisfacción de una cierta relación lógica. Por tanto, no implica necesariamente una relación normativa de otro tipo (v. g. ética o moral).

Resulta sencillo ver cómo la perspectiva del discurso práctico que defiende el Universalismo se encuentra estrechamente vinculada con una manera estándar de concebir el derecho. Por un lado se suele asumir que el derecho es un conjunto de reglas que relacionan de forma invariable ciertas propiedades (en última instancia físicas) con ciertas propiedades evaluativas o soluciones normativas. Por el otro, que la acción de un agente se encuentra justificada si y sólo si constituye la aplicación de esas reglas o su seguimiento.

La acción de un juez que condena a una persona, por ejemplo, se encuentra justificada si constituye la aplicación o el seguimiento de una regla jurídica general. El enunciado práctico individual contenido en una sentencia se encuentra justificado si y sólo si es una consecuencia lógica de una regla jurídica general más cierta descripción de los hechos.

El derecho, bajo esta óptica, es una empresa en que unos sujetos relacionan de manera invariable ciertas propiedades físicas con ciertas propiedades evaluativas mediante reglas, y en el que otros las siguen o aplican. Prima facie, razonar en términos jurídicos es razonar en términos universalistas.

2. UNIVERSALISMO Y METAÉTICA

La idea del Universalismo según la cual *existen* principios o reglas que relacionan de manera invariable propiedades físicas con propiedades evaluativas es compatible con dos concepciones. En primer lugar, con aquella según la cual la regla que justifica el enunciado o acción individual se corresponde con (o refiere a) hechos morales o evaluativos. Usualmente se denomina a esta concepción *Cognitivismo*. Para el *Cognitivismo* puede predicarse verdad o falsedad de la premisa mayor de un silogismo práctico. En segundo lugar, el Universalismo es compatible con el *No-cognitivismo*. Para esta concepción los enunciados que expresan reglas no son susceptibles de verdad o falsedad. Se sostiene que los candidatos a reglas expresan (alternativamente) un gusto, pasión, deseo o actitud.

Puede sostenerse que aquello que aúna a las concepciones universalistas es la idea según la cual un enunciado individual justificado debe satisfacer una cierta relación lógica con un enunciado o regla general. Aquello que las distingue es la relación entre este enunciado general y otro orden de cosas.

Esto es tanto como decir que están de acuerdo sobre el aspecto conceptual pero en desacuerdo sobre el aspecto ontológico o que implica decir que «existe un principio o regla».

El desacuerdo acerca del *status* de los principios o reglas se corresponde con la idea según la cual existen al menos dos tipos de relaciones que un enunciado puede satisfacer. En primer lugar un enunciado puede satisfacer ciertas relaciones con otros enunciados. La noción de «consecuencia lógica de» es una de éstas. En segundo lugar un enunciado puede satisfacer una cierta relación con el mundo. La noción de «correspondencia con» pertenece a esta clase. Se puede sostener que la primera relación antes descrita es de tipo *interna*, mientras que la segunda es de tipo *externa*. Con esto se quiere decir que la primera se aplica a la relación entre enunciados, mientras que la segunda se aplica a la relación entre enunciados y mundo.

El Cognitivismo y el No-cognitivismo universalistas están de acuerdo sobre la relación que debe satisfacer un enunciado individual con respecto a un enunciado general, pero desacuerdan sobre la relación entre este último y el mundo. Es decir, están en desacuerdo acerca de la posibilidad de que un determinado enunciado (aquel que expresa una regla general) pueda o no estar en cierta relación de correspondencia con el mundo.

La noción universalista es objetada en metaética por el Escepticismo y el Particularismo.

El Escepticismo sostiene, en términos generales, o bien que no existen reglas (ni en la variante cognitivista, ni en la no-cognitivista) o bien que carece de sentido hablar de ellas. En consecuencia sostiene que no tiene sentido hablar de justificación en el ámbito práctico.

El Particularismo, por su parte, sostiene que es imposible establecer de manera definitiva cuál es la contribución invariable que tiene un determinado factor o propiedad física para la instanciación de un determinado predicado evaluativo. Ninguna formulación de un principio o regla puede identificar de forma invariable las condiciones fácticas bajo las cuales está justificado aplicar un determinado predicado evaluativo. El modo en que un determinado factor o propiedad física contribuye a la corrección o incorrección de una acción no puede ser trasladado de caso a caso. El contexto puede hacer variar la relevancia práctica de todo factor. Esto quiere decir que es posible seguir o aplicar un principio o regla y obrar de manera injustificada en términos morales. De esto se sigue que el Particularismo pretende sostener dos tesis.

En primer lugar, objeta la posibilidad de formular condicionales estrictos capaces de codificar las condiciones suficientes bajo las cuales un determinado predicado evaluativo es instanciado. En segundo lugar, pretende sostener

que el enunciado práctico individual satisface algún tipo de relación de correspondencia con un mundo moral o evaluativo que lo justifica. Esto podría resumirse diciendo que el Particularismo pretende ser un cognitivista sin reglas.

Si se asume que la idea defendida por el Particularismo torna imposible toda justificación en el ámbito práctico, el Particularismo colapsa en una visión escéptica.

Lo antes dicho arroja en el plano metaético, al menos, un primer eje de discusión: Universalismo-Escepticismo-Particularismo.

3. UNIVERSALISMO Y DERECHO

En el terreno del derecho se suele asumir que existen un conjunto de normas generales creadas por ciertas personas (legisladores en sentido amplio) que relacionan estados de cosas con calificaciones normativas y que los jueces *deben* seguirlas o aplicarlas. En este sentido se afirma que la solución a un caso individual está justificada si y sólo si el caso puede ser subsumido en una regla jurídica general o constituye la aplicación de ésta. Según esta forma de entender el derecho es posible establecer cuáles son las normas jurídicas que existen y a qué casos se aplican.

Esta forma de concebir el derecho puede ser objetada de dos maneras.

La primera consiste en sostener que los candidatos a normas jurídicas (v. g. los textos normativos) carecen de *status* normativo antes de su interpretación y que la interpretación es una actividad de los jueces (y/o de la doctrina).

Esta concepción afirma que la imposibilidad de establecer el significado unívoco de los textos jurídicamente relevantes es una característica persistente en el derecho. En definitiva, el derecho —entendido como conjunto de textos con significado— es un producto de la actividad interpretativa. A su vez, la actividad interpretativa cuyo producto arroja una norma o regla jurídica es una actividad primordialmente judicial y/o doctrinaria. Esto quiere decir que la idea universalista según la cual *existe* una regla jurídica previa a la interpretación judicial o doctrinaria, que el juez puede conocer y luego aplicar, es una idea problemática o falsa. La concepción que rechaza el Universalismo antes identificado, por las razones antes enumeradas, suele denominarse genéricamente *Realismo Jurídico*.

La segunda objeción a la idea universalista en el ámbito del derecho consiste en sostener que existen al menos cuatro supuestos en que la idea de justificación como aplicación de una regla general a un caso individual es problemática:

- 1) Cuando se presentan casos que no fueron previstos por el legislador debido a su relativa indeterminación de propósitos o su desconocimiento del futuro.
- 2) Cuando se aplican principios.
- 3) Cuando existen casos de conflictos entre el material normativo (usualmente reducible a principios y reglas).
- 4) Cuando existen lagunas.

En estos supuestos —se sostiene— un caso individual sometido a examen posee una complejidad tal que impide apelar a un modelo estándar de justificación como el universalista. Un modelo estándar apelaría a la identificación de una norma (*i. e.* un texto y su significado), la identificación de un hecho y la subsunción de éste en aquél. Sin embargo, si se apelara a este tipo de solución, o bien la solución sería imposible o se darían soluciones subóptimas o contraintuitivas.

El primer supuesto (indeterminación de propósitos y desconocimiento del futuro) concede que es posible conocer a qué casos se aplica la regla. Sin embargo, existiría una discordancia entre aquello que el legislador conocía y/o pretendía y aquello a lo que se aplican sus palabras en el futuro. Es decir, existe una discordancia entre lo que *dijo* y lo que *pretendía*. Esto presupone que puede distinguirse entre las consecuencias lógicas de sus palabras y las consecuencias lógicas de sus intenciones.

El segundo supuesto (aplicación de principios) indica —en cambio— que el material normativo no es suficiente para operar por subsunción pues por una razón u otra no indica claramente los casos a los que se aplica o su solución.

El tercero (conflicto normativo) sostiene que existe un problema crucial incluso en el caso de que pudiera identificarse a qué casos se aplica el material normativo. Mediante subsunción, al menos dos soluciones incompatibles entre sí pueden ser derivadas de uno y el mismo material normativo.

El cuarto supuesto (lagunas) sostiene que no hay una regla que solucione el caso.

La respuesta «simple» a estos supuestos consiste en sostener que no existe aquí problema alguno¹.

En el primer y cuarto supuesto (desconocimiento del futuro/indeterminación de propósitos y lagunas) el caso es *irrelevante* sea porque la presencia o ausencia de la propiedad considerada no cambia la calificación normativa, sea porque la propiedad en cuestión no tiene asociada ninguna calificación

¹ El adjetivo «simple» no pretende ser sinónimo de «simplista».

normativa. Esto es, el material normativo ha dado —en algún sentido— una respuesta.

En el segundo (aplicación de principios) no la ha dado debido a su falta de claridad, en el tercero (conflicto) ha dado más de una. Resta aclarar, entonces, por qué estos supuestos se presentan como problemáticos.

Aquello que hace *problemáticas* a todas las situaciones expuestas puede ser reducido a tres ideas: contradicción, solución difusa y ausencia de solución.

La idea de contradicción captura la discordancia entre lo que el legislador dijo y lo que pretendía, entre el material normativo (principios y reglas), y también la contradicción entre el sistema jurídico y otro sistema normativo (racional o moral).

La idea de solución difusa capta el problema de aplicación de principios.

Por último, la ausencia de solución alcanza (al menos) el problema de las lagunas².

En presencia de estos problemas pueden adoptarse dos estrategias.

La primera estrategia consiste en sostener que la respuesta jurídica parece contraintuitiva o subóptima, pero no lo es en absoluto. Esto se corresponde con la respuesta «simple» indicada más arriba. Desde la perspectiva de la respuesta «simple» estos casos suelen parecer problemáticos porque: a) o bien se supone que los sistemas son *necesariamente* completos; b) o bien se supone que *deben* ser completos; c) o bien se supone que son *necesariamente* coherentes; d) o bien se supone que *deben* ser coherentes; e) o bien se supone que *necesariamente* son determinados; f) o bien se supone que *deben* ser determinados. Esto es, estos casos parecen contraintuitivos porque conceptual o normativamente no se quiere tolerar ni la contradicción, ni la solución difusa, ni la ausencia de solución.

La segunda estrategia consiste en sostener que existe un método que permitiría disolver estos problemas. Aquí lo que se trata de sostener es que del hecho que colapse el modelo *universalista* de justificación jurídica, no se sigue que colapse el sistema de justificación jurídica *tout court*. Esto presupone que puede dissociarse la idea de justificación jurídica de la idea de justificación universalista. Dicho de otra manera, se debe probar que existe un sentido interesante en el cual puede existir una decisión jurídica justificada sin que equivalga a la aplicación subsuntiva de una norma general.

² Si se considera que una disyunción de soluciones no es una solución, entonces también el caso de contradicción normativa equivale a una ausencia de solución.